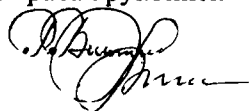


0- 789163

На правах рукописи



Викторова Раиса Николаевна

**Правовая конструкция договора ипотеки
в российском законодательстве**

Специальность 12.00.03 – гражданское право,
предпринимательское право, семейное право,
международное частное право

АВТОРЕФЕРАТ

диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Владикавказ, 2011

Диссертация выполнена на кафедре гражданского права и процесса государственного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Рязанский государственный университет имени С.А. Есенина»

Научный руководитель: кандидат юридических наук, профессор
Ананьева Клара Яковлевна

Официальные оппоненты: доктор юридических наук, профессор

НАУЧНАЯ БИБЛИОТЕКА КГУ



0000660916

Камышанский Владимир Павлович

кандидат юридических наук, доцент

Макиев Сослан Александрович

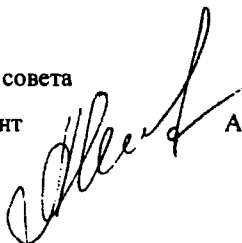
Ведущая организация: ФГОУ ВПО «Самарский государственный университет»

Защита состоится «7» июня 2011 года в ____ часов на заседании объединенного диссертационного совета ДМ 212.248.05 при Государственном образовательном учреждении высшего профессионального образования «Северо-Осетинский государственный университет имени Коста Левановича Хетагурова» по адресу: 362025, Владикавказ, ул. Ватутина, 46 тел.: (8672) 33-09-04

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке Государственного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Северо-Осетинский государственный университет имени Коста Левановича Хетагурова»

Автореферат разослан «2» июня 2011 г.

Ученый секретарь
объединенного диссертационного совета
кандидат юридических наук, доцент

 А.Э. Колиева

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы исследования. В Российской Федерации идут интенсивные процессы развития ипотечных отношений. Основное назначение ипотеки - обеспечение выданных кредитов залогом недвижимого имущества. В развитии ипотеки заинтересованы как граждане, желающие улучшить свои жилищные условия, так и само государство, поскольку ипотечное кредитование способствует привлечению в сферу строительства крупных инвестиций. Причем эти инвестиции не только значимы по размерам, но и по своему характеру являются долгосрочными, а кроме того, эффективно обеспечены недвижимостью.

Ипотека является одним из наиболее надежных средств обеспечения обязательств. Ее преимущества состоят в том, что заложенная недвижимость, как правило, является высоко ликвидным товаром, и залогодержатель имеет достаточно надежное обеспечение по основному обязательству. В указанном случае кредитор верит не должнику, а вещи. Соответственно, ценность ипотеки как способа обеспечения исполнения обязательств состоит в гарантии удовлетворения требований кредитора если не самим должником, то за счет заложенного имущества. Нередко лишь угроза обращения взыскания по долгам на недвижимое имущество становится основным стимулом, побуждающим должника-залогодателя к исполнению принятых на себя обязательств.

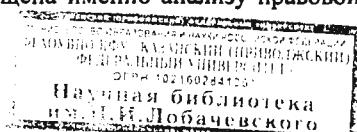
Развитие института ипотеки (залога недвижимости) способствует также решению жилищного вопроса, который всегда был одним из самых острых для российского общества. Вопрос приобретения жилья в кредит волнует миллионы граждан, желающих уже сегодня улучшить свои жилищные условия, а не копить длительное время на новую квартиру. В условиях недостаточности денежных средств у большинства населения на приобретение жилья жилищная проблема будет в основном решаться в рамках системы ипотечного жилищного кредитования. Рост ипотечного кредитования стимулирует развитие практически всех отраслей жизнеобеспечения населения, способствует созданию новых рабочих мест, росту экономики и жизненного уровня. Таким образом,

значимость института ипотеки для экономики страны и реализации социально-направленной жилищной политики очевидна.

Появление рынка недвижимости, в условиях реформирования экономического и социального уклада Российской Федерации с начала 90-х годов, сделало актуальным вопрос о принятии закона, регулирующего залоговые операции с недвижимостью. Это объясняется тем, что возникла потребность в формировании надежных правовых средств по защите интересов кредиторов в обязательственных отношениях.

Федеральный закон от 16 июля 1998г. N 102-ФЗ (в ред. от 17.06.2010) «Об ипотеке (залоге недвижимости)» (далее – ФЗ «Об ипотеке») является первым в российской истории специальным законом, регулирующим залоговые операции с недвижимостью. Следует отметить, что данный Закон не является окончательным итогом развития ипотечных отношений в России, а всего лишь знаменует их начало. Многие реальные проблемы выявлены в ходе воплощения законодательных норм в практику, которая показала пробелы как в самом Законе об ипотеке, так и в механизме его реализации. Поэтому окончательный ответ о правомерности действий в той или иной ситуации даст либо судебная практика, либо законодатель, сформулировав в виде дополнений и изменений к указанному Закону точное предписание о том, в каком порядке осуществляется правовое регулирование соответствующих ипотечных отношений. Эволюция данных отношений несомненно привнесет новое содержание в законодательно установленные формы ипотеки, которые в настоящее время в значительной степени стали консолидирующей основой для формирования национального ипотечного рынка.

Довольно часто именно договор ипотеки порождает, изменяет и прекращает ипотечные правоотношения, поэтому от закрепления в законодательстве четкой и юридически грамотной правовой конструкции договора ипотеки (залога недвижимости), позволяющей надежно защитить обе стороны данного договора, зависит дальнейшее развитие ипотечных отношений в России. В этой связи настоящая работа посвящена именно анализу правовой



конструкции договора ипотеки в российском законодательстве, выявлению ее недостатков и разработке предложений по их устранению.

Степень научной разработанности проблемы. Отдельные проблемы, касающиеся залога недвижимости, рассматривались в работах известных русских цивилистов дореволюционного периода: И.А. Базанова, Е.В. Васьковского, Л.В. Гантовера, А.С. Звоницкого, Л.А. Кассо, Д.И. Мейера, К.П. Победоносцева, И.А. Покровского, Н.Н. Товстолеса, Г.Ф. Шершеневича и др.

Юридическую природу залога в советский период исследовали М.М. Агарков, А.В. Венедиктов, Д.М. Генкин, В.П. Грибанов, О.С. Иоффе, И.Б. Новицкий, И.С. Перетерский и др. Однако непосредственно проблемы залога недвижимости в этот период в науке гражданского права не выступали предметом исследования.

В последние годы отдельные вопросы правового регулирования ипотечных отношений рассматривались в научных работах Е.В. Басина, В.М. Будилова, Б.М. Гонгало, И.Д. Грачева, С.П. Гришаева, В.С. Ема, Б.Д. Завидова, В.И. Лимаренко, З.П. Лукиной, В.В. Смирнова и др.

Правовым вопросам ипотеки посвящены диссертационные исследования Ю.А. Кожиной «Договор ипотеки жилых помещений» (Волгоград, 2002), А.В. Фадеева «Договор ипотеки и его государственная регистрация» (Волгоград, 2002), Е.Ю. Конева «Гражданско-правовая ответственность по договору ипотеки: вопросы теории и практики» (Белгород, 2004), Е.В. Косенко «Залог недвижимости по гражданскому праву Российской Федерации» (Саратов, 2004), Л.Б. Лазаренко «Проблемы правового регулирования ипотечных отношений в современных условиях» (Краснодар, 2004).

Несмотря на значительное количество работ, многие спорные вопросы правового регулирования ипотечных отношений до настоящего времени не получили должного рассмотрения, и систематизированного исследования, посвященного правовой конструкции договора об ипотеке, проведено не было. Наличие неурегулированных и дискуссионных вопросов в теории и практике

правового регулирования ипотечных отношений predeterminedili выбор указанной темы диссертационного исследования.

Целью диссертационной работы является комплексный теоретико-правовой анализ правовой конструкции договора об ипотеке в российском гражданском праве, изучение прав и обязанностей сторон по договору ипотеки, исследование теоретических и практических проблем правового регулирования ипотечных отношений в современных условиях, а также разработка предложений по совершенствованию действующего российского законодательства.

Исходя из вышеуказанной цели были определены следующие **задачи исследования**:

- изучить историю возникновения и развития института ипотеки;
- провести анализ нормативно-правовых актов, регулирующих ипотечные отношения;
- исследовать основные принципы залогового права;
- определить особенности правовой конструкции договора об ипотеке;
- исследовать существенные условия договора об ипотеке;
- проанализировать проблемы государственной регистрации договора об ипотеке и ипотеки как ограничения (обременения) вещного права на объект недвижимого имущества;
- рассмотреть права и обязанности сторон договора об ипотеке;
- определить основания возникновения и особенности гражданско-правовой ответственности по договору об ипотеке;
- сформулировать на основе проведенного исследования предложения и рекомендации по совершенствованию действующего гражданского законодательства.

Объектом исследования являются правоотношения, складывающиеся между субъектами договора ипотеки.

Предметом исследования являются гражданско-правовые нормы, направленные на регулирование ипотечных отношений, а также договор ипотеки как основание возникновения данных отношений.

Эмпирическую базу исследования составили материалы судебной практики судов общей юрисдикции и арбитражных судов РФ по спорам, возникающим из договора об ипотеке, а также факты, получившие отражение в научной литературе и периодической печати.

Нормативно-правовую базу исследования составили действующие, а также утратившие силу нормативные правовые акты Российской Федерации, а также зарубежное законодательство, регулирующие вопросы залога недвижимости.

Теоретическую основу диссертационного исследования составили научные труды отечественных и зарубежных ученых-правоведов, содержащие исследования проблем правового регулирования договорных отношений, работы посвященные залогу недвижимости, а также труды по общей теории права.

Методологической основой исследования является совокупность общенаучных и частнонаучных методов исследования, включая диалектический, исторический, лингвистический, метод системного анализа, сравнительно-правовой, формально-юридический, структурно-функциональный и другие методы.

Научная новизна работы заключается в комплексном монографическом исследовании правовой конструкции договора ипотеки в российском гражданском праве, выявлению ее недостатков и разработке предложений по их устранению. В диссертационной работе на основе анализа юридической природы и содержания договора ипотеки, особенностей его правовой конструкции выявлены причины, препятствующие эффективной реализации прав и интересов сторон данного договора и развитию ипотечных правоотношений в России, выработаны предложения и рекомендации по совершенствованию действующего гражданского законодательства об ипотеке (залоге недвижимости), направленные на обеспечение прав и интересов сторон

договора об ипотеке. Научная новизна диссертации раскрывается также в положениях, выносимых на защиту.

Основные положения диссертационного исследования, выносимые на защиту:

1. В российском законодательстве наряду с «обеспечительной» ипотекой целесообразно детально разработать правовую конструкцию «оборотной» ипотеки, в которой залогодержатель с момента государственной регистрации ипотеки не обязан доказывать существование основного обязательства, что исключает необходимость сложной проверки обязательства, обеспечиваемого ипотекой. Данный вид ипотеки обладает практическим удобством передачи залоговых прав, поскольку новый залогодержатель освобождается от необходимости подтверждать действительность основного обязательства.

В настоящий момент основной особенностью правовой конструкции договора об ипотеке по российскому законодательству является то, что он сформулирован как акцессорный договор, существование которого зависит от действительности основного обязательства. Однако акцессорность российской ипотеки является значительным препятствием для оборота залоговых прав, поскольку должник по основному обязательству может противопоставить требованиям нового залогодержателя большое количество возражений, связанных с недействительностью и иными правовыми дефектами основного договора. П. 2 ст. 13 ФЗ «Об ипотеке», установив, что закладная удостоверяет право на получение исполнения по денежным обязательствам, обеспеченным ипотекой, без представления других доказательств существования этих обязательств, не исключает оспаривания должником самой закладной, правомерность ее составления, выдачи и иные обстоятельства, которые в итоге опять же могут привести к необходимости исследования вопроса о действительности основного обязательства.

Поэтому представляется, что вносить изменения необходимо в положения, посвященные самой правовой конструкции договора об ипотеке, закрепленной в ФЗ «Об ипотеке», предусмотрев наряду с «обеспечительной»,

также и правовую конструкцию «оборотной» ипотеки. Последняя же должна быть предназначена для оборота залоговых прав и содержать правила об освобождении залогодержателя от необходимости доказывать действительность основного обязательства.

2. Договор ипотеки имущества, собственником которого залогодатель не являлся, должен признаваться ничтожной сделкой, поскольку в соответствии со ст. 335 ГК РФ и ст. 6 ФЗ «Об ипотеке» залогодателем имущества может быть его собственник либо, с согласия собственника, – лицо, имеющее на него право хозяйственного ведения, а на основании ст. 168 ГК РФ сделка, не соответствующая закону, ничтожна. Содержание ст. 354 ГК РФ и ст. 42 ФЗ «Об ипотеке» позволяет сделать вывод, что отсутствие у залогодателя права собственности на заложенное имущество не влияет на юридическую силу договора о залоге и он прекращает свое действие только в случае изъятия имущества у этого лица при удовлетворении виндикационного иска. Однако в ст. 352 ГК РФ, предусматривающей основания прекращения залога, изъятие имущества его действительным собственником не указано. Противоречие норм законодательства в данном случае должно быть решено в пользу ст. 335 ГК РФ и ст. 6 ФЗ «Об ипотеке», на основании которых договор ипотеки имущества, не принадлежащего залогодателю, должен являться ничтожной сделкой, не вызывающей правовых последствий независимо от того, истребовал ли настоящий собственник свою вещь из чужого незаконного владения или нет.

3. Рекомендуется исключить п. 4 ст. 340 ГК РФ и п. 1 ст. 64 ФЗ «Об ипотеке», устанавливающие, что при ипотеке земельного участка право залога распространяется также на находящиеся или возводимые на этом участке здания и сооружения залогодателя, если договором об ипотеке не предусмотрено иное. В соответствии со ст. 339 ГК РФ в договоре о залоге должны быть указаны предмет залога и его оценка, согласно ст. 9 ФЗ «Об ипотеке» в договоре об ипотеке необходимо определить предмет ипотеки, его оценку; предмет ипотеки обозначается в договоре указанием его наименования, места нахождения и достаточным для идентификации этого предмета описанием. Следовательно,

объект недвижимости должен быть передан в ипотеку вместе с земельным участком и должно присутствовать его описание наряду с земельным участком, в противном случае договор следует признавать незаключенным и никакого «распространения» права залога на объект недвижимости происходить не должно.

4. В ФЗ «Об ипотеке» целесообразно предусмотреть, что в случае реконструкции, перепланировки предмета ипотеки, в том числе при изменении площади или иных характеристик объекта недвижимости, либо при регистрации предмета ипотеки за новым кадастровым номером, право залога действует в отношении измененного (вновь зарегистрированного) предмета ипотеки. До внесения соответствующих дополнений в ФЗ «Об ипотеке» рекомендуется указывать данные условия в договоре об ипотеке. Внесение названных дополнений обусловлено возможностью отказа в иске залогодержателю об обращении взыскания на заложенное имущество при реконструкции или перепланировке залогодателем предмета ипотеки на основании признания отсутствия в наличии предмета залога вследствие того, что недвижимое имущество, переданное в залог, перестало существовать, а на вновь созданное ипотека не распространяется.

5. Необходимо внести изменения в п. 1 ст. 29 Федерального закона от 21.07.97г. № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», изложив его в следующей редакции: «Государственная регистрация ипотеки, возникающей в силу договора об ипотеке, осуществляется на основании совместного заявления залогодателя и залогодержателя. Государственная регистрация ипотеки, возникающей в силу нотариально удостоверенного договора об ипотеке, осуществляется на основании заявления залогодателя или залогодержателя. К заявлению прилагается договор об ипотеке вместе с указанными в договоре документами». В настоящий момент пунктом 1 статьи 29 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» установлено, что государственная регистрация ипотеки проводится на основании заявления

залогодателя или залогодержателя, что противоречит п. 1 ст. 20 ФЗ «Об ипотеке».

6. Целесообразно отменить государственную регистрацию договора об ипотеке и предусмотреть государственную регистрацию только самой ипотеки как ограничения (обременения) вещного права на недвижимое имущество. В настоящий момент отсутствие факта государственной регистрации договора ипотеки ставит под угрозу действительность обязательственных правоотношений по сделке, что не соответствует интересам ее сторон и не обеспечивает стабильность гражданского оборота. Договор ипотеки должен считаться заключенным и связывать сторон с момента его фактического заключения (достижения сторонами соглашения по всем существенным условиям) и подтверждать данный факт государственной регистрацией сделки нет необходимости, а право залогодержателя в приоритетном перед другими кредиторами порядке требовать удовлетворения из стоимости заложенного имущества должно возникать с момента регистрации самой ипотеки как обременения прав на недвижимое имущество. Реализация в законодательстве данной позиции сможет устранить отрицание правом обязательственных правоотношений по сделке при отсутствии факта ее государственной регистрации.

7. Рекомендуется дополнить статью 33 ФЗ «Об ипотеке» пунктом 4 следующего содержания: «Залогодержатель может требовать устранения всяких нарушений его прав в соответствии со ст. 304 ГК РФ». Статья 304 ГК РФ предусматривает возможность предъявления негаторного иска, направленного на защиту правомочий пользования и распоряжения имуществом. Поскольку в соответствии с п. 2 ст. 29 ФЗ «Об ипотеке» залогодержатель может приобретать права на плоды и доходы (пользоваться имуществом), то необходимо обеспечить ему возможность защиты от нарушений этого права.

Теоретическая и практическая значимость исследования заключается в том, что выводы и предложения, сформулированные в работе, углубляют теорию российского гражданского права и могут быть использованы в

дальнейшей научной разработке затронутых вопросов, при проведении научных исследований в области гражданского права, а также при преподавании учебного курса гражданского права. Практическая значимость диссертационной работы определяется прежде всего тем, что результаты исследования могут быть применены в законотворческой деятельности при совершенствовании российского ипотечного законодательства.

Практические предложения могут использоваться в судебной практике при разрешении конкретных споров. Также важное значение проведенного диссертационного исследования состоит в том, что субъектам договора ипотеки предоставляются научно-разработанные рекомендации, которые позволят им более эффективно обеспечивать свои права и интересы.

Апробация работы. Основные теоретические выводы и положения диссертации докладывались и обсуждались на заседаниях кафедры гражданского права и процесса государственного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Рязанский государственный университет имени С.А. Есенина», и нашли отражение в публикациях, в том числе – в рецензируемых журналах, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией при Министерстве образования РФ. По исследуемой теме автор выступал с сообщениями на научно-практических конференциях.

Структура работы. Диссертация состоит из введения, двух глав, содержащих восемь параграфов, заключения и списка использованной литературы. Структура диссертации отражает цель и задачи исследования.

СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

В первой главе «Гражданско-правовое регулирование ипотечных отношений» исследуется история возникновения и развития ипотеки, анализируются принципы залогового права, а также основания возникновения ипотеки.

Первый параграф «История возникновения и развития ипотеки» посвящен исследованию исторических этапов становления и совершенствования института залога недвижимости.

В России залоговые отношения получают развитие в XIII веке, что подтверждается первыми дошедшими до нас актами о залоге, датируемыми XIII-XIV вв. Первые же законодательные нормы о залоге содержатся в Псковской судной грамоте (конец XIV - начало XV в.), в ст. 28 которой указывается о закладе как о способе заключения договора займа. Под закладом понимается залог в виде определенных объектов собственности. Для более полной защиты своих прав кредиторы получали не только грамоты в подтверждение наличия обременения, но и само обремененное имущество. В случае неуплаты долга заложенное имущество переходило в собственность к кредитору. Однако наряду с наиболее распространенной формой залога, при которой имущество передавалось кредитору, была и форма, при которой предмет залога оставался у должника.

В 1800 году с принятием Банкротского Устава для недвижимости отменена возможность обращения имущества в собственность кредитора. Заложенное право уже не превращается в право собственности, а заложенные вещи подлежали продаже с публичных торгов. К концу 19 – началу 20 века в России сформировалась современная по тем меркам система ипотечного кредитования. В данной системе участвовал значительный круг ипотечных учреждений – разнообразные банки, кредитные учреждения центрального и местного значения, организации взаимного кредитования.

После 1917 года институт частной собственности сужается, что повлекло уменьшение роли залоговых правоотношений. В ГК РСФСР 1922 года в примечании к статье 21 было указано, что с отменой частной собственности на землю деление имущества на движимое и недвижимое упразднено. В ГК РСФСР 1964 г. только 11 статей было посвящено залоговым правоотношениям.

Требования гражданского оборота обусловили принятие в нашей стране ряда правовых документов, регламентирующих залоговые отношения. Одним из первых стал Закон РФ от 29 мая 1992 г. N 2872-I «О залоге», позже были приняты и другие законы. Можно сказать, что на данный момент правовая основа для развития ипотеки создана: действует Гражданский Кодекс РФ, ФЗ

от 21.07.97г. № 122-ФЗ (в ред. от 20.03.2011) «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», ФЗ от 2 декабря 1990 г. N 395-I (в ред. от 07.02.2011) «О банках и банковской деятельности», ФЗ от 16 июля 1998 г. N 102-ФЗ (в ред. от 17.06.2010) «Об ипотеке (залоге недвижимости)». Таким образом, в России сформирована необходимая правовая база для ипотечных правоотношений.

При этом в свете возросшего интереса граждан и юридических лиц к ипотечному кредитованию актуальность приобретает проблема правильности составления, оформления и государственной регистрации договоров об ипотеке.

Во втором параграфе «**Принципы залога недвижимости**» анализируются основополагающие принципы залогового права, выступающие базисом института ипотеки (залога недвижимости).

Принципы, как известно, являются основными началами права в целом, отдельных его отраслей, подотраслей, институтов, субинститутов, и отражают наиболее существенные свойства каждого структурного образования. Важнейшими принципами, лежащими в основе ипотечной системы, выступают принципы обязательности (внесения) и гласности (публичности). Принцип обязательности или внесения означает, что все права на недвижимость должны быть внесены в Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество и сделок с ним и ипотека обладает правовым значением для третьих лиц только после внесения записи о ней в данный реестр. Принцип гласности предполагает доступность записи об ипотеке в государственном реестре прав на недвижимое имущество всем заинтересованным лицам.

В теории гражданского права к разряду основных принципов института ипотеки также причисляют принцип специальности, старшинства и бесповоротности. Принцип специальности означает, что в имуществе залогодателя выделяется особый объект - конкретное недвижимое имущество, специально предназначенное для удовлетворения требований кредитора в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства должником.

Право кредитора имеет преимущественный характер. Это устанавливает принцип старшинства – зарегистрированные в предусмотренном законом порядке залоговые права осуществляются в порядке времени их внесения. Принцип бесповоротности означает существование законной презумпции достоверности зарегистрированного права, которое может быть оспорено только в судебном порядке.

В третьем параграфе **«Основания возникновения ипотеки»** анализируются предусмотренные действующими правовыми нормами основания возникновения залога недвижимости.

Законодательством установлено два основания возникновения залога: в силу договора и на основании закона при наступлении указанных в нем обстоятельств, если в законе предусмотрено, какое имущество и для обеспечения какого обязательства считается находящимся в залоге (п. 3 ст. 334 ГК РФ). Ипотека как разновидность залога может также возникать на основании договора или закона, что указано и в ФЗ «Об ипотеке», при этом предусмотрен широкий перечень случаев, когда ипотека возникает в силу закона (ст. 77 и др.).

Наиболее часто на практике применяется именно ипотека в силу договора. В законе указан примерный перечень договоров, в обеспечение исполнения которых может быть установлена ипотека: кредитный договор, договор займа, купли-продажи, аренды, подряда. Этот перечень не является исчерпывающим. Ипотека может быть предусмотрена в обеспечение исполнения обязательства, установленного любым договором, как предусмотренным, так и непредусмотренным законодательством, но не противоречащим ему. Согласно ст. 8 ФЗ «Об ипотеке» договор об ипотеке заключается с соблюдением общих правил ГК РФ о заключении договоров, а также положений ФЗ «Об ипотеке».

Во второй главе **«Договор об ипотеке и проблемы совершенствования правовой регламентации ипотечных отношений»** анализируются особенности правовой конструкции договора об ипотеке, существенные условия договора об ипотеке, проблемы государственной регистрации договора об ипотеке и ипотеки как ограничения (обременения) вещного права на объект

недвижимого имущества, рассматриваются права и обязанности сторон договора ипотеки, исследуется ответственность сторон по данному договору.

Первый параграф **«Особенности правовой конструкции договора об ипотеке»** посвящен исследованию правовой природы договора об ипотеке, выявлению основных характерных признаков данного договора, внесению предложений по изменению самой правовой конструкции договора об ипотеке, предусмотренной в действующем законодательстве.

По договору о залоге недвижимого имущества (договору об ипотеке) одна сторона – залогодержатель, являющийся кредитором по обязательству, обеспеченному ипотекой, обладает правом преимущественного удовлетворения своих денежных требований к должнику по обязательству, обеспеченному ипотекой, из стоимости заложенного недвижимого имущества другой стороны – залогодателя.

Договор об ипотеке является акцессорным, то есть дополнительным. Он действует до тех пор, пока существует основное обязательство. Исполнение основного обязательства влечет прекращение действия и договора об ипотеке. Данный договор является консенсуальным. Он признается заключенным с момента достижения соглашения по всем существенным условиям и надлежащего оформления, передачи имущества или выполнения какого-либо другого действия в этом случае не предусмотрено.

В договоре об ипотеке принимают участие две стороны: залогодержатель и залогодатель. При этом залогодержателем является кредитор по обязательству, обеспеченному ипотекой, а залогодателем согласно п. 1 ст. 1 ФЗ «Об ипотеке» может выступать как сам должник по данному обязательству, так и иное лицо, не принимающее участие в этом обязательстве (третье лицо). Договор об ипотеке является взаимным, так как обе его стороны приобретают права и одновременно несут обязанности в отношении другой стороны.

Ипотека является средством обеспечения исполнения обязательств, поскольку выполняет обеспечительную функцию, которая заключается в

возможности кредитора обратиться с иском на предмет залога и удовлетворить свои требования преимущественно перед другими кредиторами залогодателя.

Как указывалось, в настоящий момент основной особенностью правовой конструкции договора об ипотеке по российскому законодательству является то, что он сформулирован как акцессорный договор, существование которого зависит от действительности основного обязательства. Однако акцессорность российской ипотеки является значительным препятствием для оборота залоговых прав, поскольку должник по основному обязательству может противопоставить требованиям нового залогодержателя большое количество возражений, связанных с недействительностью и иными правовыми дефектами основного договора.

П. 2 ст. 13 ФЗ «Об ипотеке», установив, что закладная удостоверяет право на получение исполнения по денежным обязательствам, обеспеченным ипотекой, без представления других доказательств существования этих обязательств, не исключает оспаривания должником самой закладной, правомерность ее составления, выдачи и иные обстоятельства, которые в итоге опять же могут привести к необходимости исследования вопроса о действительности основного обязательства.

Поэтому диссертант считает, что вносить изменения необходимо в положения, посвященные самой правовой конструкции договора об ипотеке, закрепленной в ФЗ «Об ипотеке», предусмотрев наряду с «обеспечительной», также и правовую конструкцию «оборотной» ипотеки. Последняя же должна быть предназначена для оборота залоговых прав и содержать правила об освобождении залогодержателя от необходимости доказывать действительность основного обязательства.

Учитывая изложенное, автор предлагает в российском законодательстве наряду с «обеспечительной» ипотекой детально разработать правовую конструкцию «оборотной» ипотеки, в которой залогодержатель с момента государственной регистрации ипотеки не обязан доказывать существование основного обязательства, что исключает необходимость сложной проверки

обязательства, обеспечиваемого ипотекой. По мнению автора, данный вид ипотеки обладает практическим удобством передачи залоговых прав, поскольку новый залогодержатель освобождается от необходимости подтверждать действительность основного обязательства.

Таким образом, ипотечное законодательство должно руководствоваться, в первую очередь, принципом стабильности гражданского оборота, и так называемая «оборотная» ипотека позволит обеспечить реализацию данного принципа. Стороны же при оформлении заключения договора ипотеки должны иметь возможность самостоятельно определить, какой именно вид договора ипотеки («обеспечительная» или «оборотная») им более предпочтителен, и согласно этому построить свои взаимоотношения.

В параграфе «Существенные условия договора об ипотеке» исследуется содержание договора ипотеки, вносятся предложения по совершенствованию действующего законодательства в данной области.

Содержание договора об ипотеке определено в ст. 9 ФЗ «Об ипотеке». Толкование данной статьи позволяет сделать вывод об отнесении к разряду существенных условие о предмете ипотеки – на основании прямого предписания закона (ч. 2 п. 1 ст. 432 ГК РФ), других же условий – как предусмотренных в ФЗ «Об ипотеке» в качестве необходимых для данного договора. Несоблюдение требований о необходимом составе условий договора об ипотеке влечет признание его незаключенным.

Важнейшим существенным условием договора об ипотеке выступает его предмет. Согласно ст. 5 ФЗ «Об ипотеке» предметом по рассматриваемому договору может выступать недвижимое имущество, указанное в п. 1 ст. 130 ГК РФ. Имущество, которое изъято из оборота, должно быть непосредственно предусмотрено в законе и не может являться предметом ипотеки.

Предмет ипотеки определяется в договоре его наименованием, местом нахождения и достаточным для идентификации этого предмета описанием. Предметом договора об ипотеке может выступать лишь то имущество, которое принадлежит залогодателю. В диссертации анализируется вопрос о судьбе

договора ипотеки в случае признания, что залогодатель не является собственником предмета ипотеки. Такая ситуация возможна, когда договор, на основании которого у залогодателя возникло право собственности, признается недействительной сделкой.

Согласно ст. 354 ГК РФ и ст. 42 ФЗ «Об ипотеке» в случаях, когда имущество, выступающее предметом залога (ипотеки), изымается у залогодателя в установленном законом порядке на том основании, что в действительности собственником этого имущества является другое лицо (виндикация), залог (ипотека) в отношении этого имущества прекращается. Залогодержатель после вступления в законную силу соответствующего решения суда вправе требовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства.

При этом в соответствии с п. 2 ст. 335 ГК РФ и п. 1 ст. 6 ФЗ «Об ипотеке» залогодателем имущества может быть его собственник либо, с согласия собственника, – лицо, имеющее на него право хозяйственного ведения, а на основании ст. 168 ГК РФ сделка, не соответствующая закону, ничтожна. Поэтому договор ипотеки имущества, собственником которого залогодатель не являлся, должен признаваться ничтожной сделкой. Но содержание ст. 354 ГК РФ и ст. 42 ФЗ «Об ипотеке» позволяет сделать вывод, что отсутствие у залогодателя права собственности на заложенное имущество не влияет на юридическую силу договора о залоге и он прекращает свое действие только в случае изъятия имущества у этого лица при удовлетворении виндикационного иска. При этом в ст. 352 ГК РФ, предусматривающей основания прекращения залога, изъятие имущества его действительным собственником не указано. Противоречие норм законодательства в данном случае должно быть решено в пользу ст. 335 ГК РФ и ст. 6 ФЗ «Об ипотеке», на основании которых договор ипотеки имущества, не принадлежащего залогодателю, должен являться ничтожной сделкой, не вызывающей правовых последствий независимо от того, истребовал ли настоящий собственник свою вещь из чужого незаконного владения или нет.

Свои особенности имеет ипотека земельного участка. П. 4 ст. 340 ГК РФ и п. 1 ст. 64 Закона об ипотеке устанавливают, что при ипотеке земельного участка право залога распространяется также на находящиеся или строящиеся на этом участке здания и сооружения залогодателя, если договором об ипотеке не предусмотрено иное. Однако в соответствии со ст. 339 ГК РФ в договоре о залоге должны быть указаны предмет залога и его оценка, согласно ст. 9 ФЗ «Об ипотеке» в договоре об ипотеке необходимо определить предмет ипотеки, его оценку; предмет ипотеки обозначается в договоре указанием его наименования, места нахождения и достаточным для идентификации этого предмета описанием. Следовательно, объект недвижимости должен быть передан в ипотеку вместе с земельным участком и должно присутствовать его описание наряду с земельным участком, в противном случае договор следует признавать незаключенным и никакого «распространения» права залога на объект недвижимости происходить не должно. Поэтому целесообразно исключить п. 4 ст. 340 ГК РФ и п. 1 ст. 64 ФЗ «Об ипотеке».

На практике сложности вызывает состав заложенного имущества, особенно в случаях, когда во время действия договора об ипотеке он претерпевает изменения. В настоящее время п. 6 ст. 6 ФЗ «Об ипотеке» устанавливает, что ипотека распространяется на все неотделимые улучшения предмета ипотеки, если иное не предусмотрено договором или законом об ипотеке. Однако при реконструкции или перепланировке объекта недвижимости имеется возможность признания отсутствия в наличии предмета залога вследствие того, что данное имущество прекратило свое существование, а возникающий объект недвижимости является новым объектом, на который ипотека не распространяется. Так, в ряде судебных решений подчеркнуто, что реконструкция объекта повлекла его юридическую гибель и прекращение права собственности на него³. Данные вопросы ФЗ «Об ипотеке» не урегулированы и надлежащей защиты интересов залогодержателя не предусмотрено.

³ Постановление Президиума ВАС РФ от 29 мая 2007 г. N 2358/06// СПС «Гарант». 2009, июнь.

Соответственно, при перепланировке или реконструкции предмета ипотеки существует возможность отказа в иске залогодержателю об обращении взыскания на заложенное имущество на основании признания отсутствия в наличии предмета залога вследствие того, что недвижимое имущество, переданное в залог, перестало существовать, а на вновь созданное ипотека не распространяется. Поэтому в ФЗ «Об ипотеке» целесообразно предусмотреть, что в случае реконструкции, перепланировки предмета ипотеки, в том числе при изменении площади или иных характеристик объекта недвижимости, либо при регистрации предмета ипотеки за новым кадастровым номером, право залога действует в отношении измененного (вновь зарегистрированного) предмета ипотеки. До внесения соответствующих дополнений в названный Закон данные условия рекомендуется указывать в договоре об ипотеке.

Согласно ФЗ «Об ипотеке» предметом ипотеки может быть не только имущество, но и право аренды на это имущество, которая может устанавливаться только с согласия арендодателя.

Другим существенным условием, без которого договор об ипотеке не будет являться заключенным, является оценка предмета договора. Оценка объекта предполагает определение его рыночной стоимости. На практике при оценке стороны договора обращаются к субъектам оценочной деятельности. Однако, необходимо учитывать, что согласно п. 3 ст. 9 ФЗ «Об ипотеке» оценка предмета ипотеки определяется в соответствии с законодательством РФ именно по соглашению залогодателя с залогодержателем.

Существенными условиями договора об ипотеке являются также существо, размер и срок обязательства, обеспечиваемого ипотекой. Обязательство, обеспечиваемое ипотекой, должно быть названо в договоре об ипотеке с указанием его суммы, основания возникновения и срока исполнения. В тех случаях, когда это обязательство основано на каком-либо договоре, должны быть указаны стороны этого договора, дата и место его заключения. Если была составлена закладная, то в договоре об ипотеке необходимо об этом указать.

Итак, при заключении договора об ипотеке сторонам необходимо достигнуть соглашение по всем существенным условиям, которыми являются: предмет договора об ипотеке, его оценка, существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого ипотекой. Однако даже при наличии всех вышеуказанных условий договор об ипотеке будет являться недействительным, если не соблюдено требование о его государственной регистрации.

В третьем параграфе **«Проблемы государственной регистрации договора об ипотеке и ипотеки как ограничения (обременения) вещного права на объект недвижимого имущества»** выявлены противоречия действующих правовых норм, определяющих предмет государственной регистрации при оформлении сторонами ипотечного правоотношения, внесены предложения по совершенствованию законодательства в данной области.

Договор об ипотеке и сама ипотека как ограничение (обременение) вещного права на объект недвижимого имущества подлежат государственной регистрации в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним, которая осуществляется по месту нахождения имущества, являющегося предметом ипотеки. Государственная регистрация прав на недвижимость является юридическим актом признания и подтверждения государством возникновения, ограничения (обременения), перехода или прекращения прав на недвижимое имущество в соответствии с ГК РФ, она признается единственным доказательством существования зарегистрированного права. Зарегистрированное право на недвижимое имущество может быть оспорено только в судебном порядке.

Государственной регистрации подлежат право собственности и другие вещные права на недвижимое имущество и сделки с ним. Наряду с государственной регистрацией вещных прав на недвижимое имущество, подлежат государственной регистрации ограничения (обременения) прав на него, в том числе сервитут, ипотека, доверительное управление, аренда.

В настоящий момент п. 1 ст. 20 ФЗ «Об ипотеке» устанавливает, что государственная регистрация ипотеки, возникающей в силу договора об ипотеке,

осуществляется на основании совместного заявления залогодателя и залогодержателя, однако в п. 1 ст. 29 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» указано, что государственная регистрация ипотеки проводится на основании заявления залогодателя или залогодержателя. Считаем, что в рассматриваемом случае приоритетное значение должны иметь нормы ФЗ «Об ипотеке», так как он является специальным законом, регулирующим ипотечные отношения, и в нем закреплены особенности государственной регистрации ипотеки.

Вместе с тем, во избежание противоречий между указанными законами, на наш взгляд, необходимо внести изменения в п. 1 ст. 29 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», приведя его в соответствие с п. 1 ст. 20 ФЗ «Об ипотеке», что позволит предотвратить возможность злоупотребления этими противоречиями со стороны недобросовестных контрагентов, а также обеспечит стабильность гражданского оборота в области ипотечных правоотношений. Пункт 1 статьи 29 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» предлагаем изложить в следующей редакции: «Государственная регистрация ипотеки, возникающей в силу договора об ипотеке, осуществляется на основании совместного заявления залогодателя и залогодержателя. Государственная регистрация ипотеки, возникающей в силу нотариально удостоверенного договора об ипотеке, осуществляется на основании заявления залогодателя или залогодержателя. К заявлению прилагается договор об ипотеке вместе с указанными в договоре документами».

Договор об ипотеке с момента государственной регистрации считается заключенным и вступает в силу. Несоблюдение требования о государственной регистрации договора об ипотеке влечет его недействительность. Необходимо учитывать, что законодатель предусматривает государственную регистрацию и договора об ипотеке, и самой ипотеки как ограничения (обременения) вещного права на объект недвижимого имущества, поэтому не следует смешивать эти две разные, хотя и взаимосвязанные процедуры.

Первоначально регистрируется договор, а уже потом - возникшее из него обременение права.

В силу законодательства РФ предметом государственной регистрации являются права на недвижимое имущество, сделки с недвижимым имуществом и обременения (ограничения) прав на недвижимое имущество, но при этом не имеется четких оснований для данной классификации, позволяющих определить, какие именно действия с недвижимым имуществом подлежат регистрации. В этой связи наблюдается необоснованное расширение предмета регистрации.

В этой связи считаем целесообразным отменить государственную регистрацию сделок с недвижимым имуществом и предусмотреть государственную регистрацию только прав на недвижимую вещь в целом, и ипотеки в частности. В настоящий момент отсутствие факта государственной регистрации договора ипотеки ставит под угрозу действительность обязательственных правоотношений по сделке, что не соответствует интересам ее сторон и не обеспечивает стабильность гражданского оборота. Договор ипотеки должен считаться заключенным и связывать сторон с момента его фактического заключения (достижения сторонами соглашения по всем существенным условиям) и подтверждать данный факт государственной регистрацией сделки нет необходимости, а право залогодержателя в приоритетном перед другими кредиторами порядке требовать удовлетворения из стоимости заложенного имущества должно возникать с момента регистрации самой ипотеки как обременения прав на недвижимое имущество. Реализация в законодательстве изложенной позиции по рассмотренному вопросу сможет устранить отрицание правом обязательственных правоотношений по сделке при отсутствии ее регистрации.

Необходимо отметить, что обязательное совмещение регистрации прав на недвижимое имущество с регистрацией сделок с ним необоснованно затрудняет процесс юридического оформления сторонами залогового правоотношения. Таким образом, жесткое условие об обязательной государственной регистрации договора ипотеки, при отсутствии которой договор считается ничтожным,

является неоправданным и создает лишние трудности для его сторон, в связи с чем в законодательстве целесообразно предусмотреть только государственную регистрацию самой ипотеки как ограничения (обременения) чужого вещного права, т.е. по сути дела речь идет о государственной регистрации ограниченного вещного права на конкретный объект недвижимости.

В четвертом параграфе **«Стороны договора об ипотеке, их права и обязанности»** определяется, кто вправе выступать в качестве сторон договора ипотеки, исследуются права и обязанности субъектов данного договора.

Сторонами договора об ипотеке являются залогодержатель – кредитор по основному обязательству, обеспеченному ипотекой, и залогодатель – либо сам должник по обязательству, обеспеченному ипотекой, либо лицо, не участвующее в этом обязательстве. Субъектами договора об ипотеке, как залогодателем, так и залогодержателем, могут выступать физические и юридические лица, а также государственные и административно-территориальные образования, обладающие гражданской правосубъектностью. Залогодателем вещи может являться ее собственник либо лицо, имеющее на нее право хозяйственного ведения. Необходимо отметить, что сторонами договора об ипотеке жилых домов и квартир могут являться только граждане и юридические лица. Граждане, выступающие в качестве субъектов договора ипотеки, должны обладать полной дееспособностью. Юридические лица должны обладать правоспособностью, которая возникает с момента государственной регистрации. С момента установления залогового правоотношения залогодержатель и залогодатель приобретают взаимные права и обязанности, выступающие в качестве правовых средств достижения обеспечительной цели, характерной залоговому правоотношению.

Основная функция обязанностей залогодателя состоит в сохранении заложенного имущества за весь период действия договора об ипотеке и обеспечении реального удовлетворения требований залогодержателя, а также в результате реализации ипотечного правоотношения происходит стимулирование залогодателя к должному исполнению обязательства, обеспеченного ипотекой.

При заключении договора об ипотеке залогодатель должен в письменной форме предупредить залогодержателя обо всех известных ему на момент государственной регистрации договора правах третьих лиц на предмет ипотеки. Залогодатель обладает правом владеть и пользоваться предметом залога в соответствии с его назначением, но при пользовании залогодатель не вправе допускать ухудшения имущества и уменьшения его стоимости сверх нормального износа. Залогодатель вправе извлекать из предмета залога плоды и доходы, при этом залогодержатель не приобретает на них право собственности, но договором об ипотеке может быть определено иное.

Имущество, являющееся предметом договора ипотеки, может быть отчуждено залогодателем другим лицам только с согласия залогодержателя, если иное не установлено договором об ипотеке. При смене собственника ипотека на это имущество сохраняет силу, новый собственник становится на место залогодателя и на него возлагаются все обязанности последнего по договору об ипотеке. Залогодатель также вправе завещать заложенное имущество.

Для совершения сделок, при которых не происходит смены собственника имущества, как правило, не требуется получать согласие залогодержателя, но при этом срок, на который предоставляется предмет ипотеки, не должен превышать срок обеспеченного ипотекой обязательства, и имущество может передаваться в пользование только для целей, соответствующих его назначению.

Залогодатель обладает правом перезаложить предмет залога, но при этом последующая ипотека не должна быть запрещена предшествующими договорами об ипотеке того же имущества; залогодатель должен информировать каждого последующего залогодержателя обо всех уже существующих ипотеках данного имущества; договор о последующей ипотеке не должен предусматривать составление и выдачу закладной.

Должник по обеспеченному ипотекой обязательству и залогодатель, являющийся третьим лицом, могут в любой момент до продажи заложенного имущества прекратить обращение на него взыскания, исполнив обеспеченное ипотекой обязательство.

Залогодатель обязан, если иное не предусмотрено договором об ипотеке, поддерживать предмет залога в исправном состоянии и нести расходы на содержание этого имущества до прекращения ипотеки, а также производить его капитальный и текущий ремонт. Если предмет залога погиб или поврежден либо право собственности на него прекращено по основаниям, предусмотренным законом, залогодатель вправе в разумный срок восстановить предмет залога или с согласия залогодержателя заменить его другим равноценным имуществом.

Залогодатель должен, если иное не установлено договором об ипотеке, страховать за свой счет предмет залога от рисков утраты и повреждения. Кроме этого, он вправе застраховать риск своей ответственности перед кредитором за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства по возврату кредита.

Залогодатель обязан принимать меры по обеспечению сохранности предмета залога от утраты или повреждения. При возникновении реальной угрозы утраты или повреждения данного имущества залогодатель должен уведомить об этом залогодержателя, если он ему известен.

Залогодатель обязан немедленно информировать залогодержателя при предъявлении к нему другими лицами требований о признании за ними права собственности и иных прав на предмет залога, о его изъятии (истребовании) или об обременении данного имущества. В этих случаях залогодатель должен использовать соответствующие обстоятельства способы защиты своих прав на предмет залога, определенные в ст. 12 ГК РФ. При предъявлении к залогодателю судебного иска по этим требованиям он обязан привлечь залогодержателя к участию в деле.

Залогодержатель имеет право в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обязательства получить удовлетворение своих требований из стоимости предмета залога преимущественно перед другими кредиторами залогодателя, за изъятиями, предусмотренными федеральным законом. Залогодержатель обладает правом на возмещение за счет предмета ипотеки расходов на содержание заложенного имущества, его охрану либо на погашение долга залогодателя по связанным с данным имуществом налогам,

сборам или коммунальным платежам. Залогодержатель имеет также право в случае, если залогодатель отказался от защиты своих прав на предмет залога или не осуществляет их, использовать все способы защиты предмета ипотеки от имени залогодателя без специальной доверенности и требовать от залогодателя возмещения понесенных в связи с этим необходимых расходов.

Если имущество, заложенное по договору об ипотеке, оказалось в незаконном владении третьих лиц, залогодержатель вправе, действуя от своего имени, истребовать это имущество из чужого незаконного владения согласно ст.ст. 301 - 303 ГК РФ для передачи его во владение залогодателя (п. 3 ст. 33 ФЗ «Об ипотеке»). Полагаем, что положение, предусматривающее только истребование имущества как способ защиты нарушенного права, не вполне соответствует ст. 305 ГК РФ, указывающей, что лицо, не являющееся собственником имущества, имеет права, определенные в ст.ст. 301-304 ГК РФ.

Статья 304 ГК РФ допускает возможность предъявления негаторного иска, направленного на защиту правомочий пользования и распоряжения имуществом. Поскольку согласно п. 2 ст. 29 ФЗ «Об ипотеке» залогодержатель может приобретать права на плоды и доходы (пользоваться имуществом), то необходимо обеспечить ему возможность защиты от нарушений этого права. Поэтому целесообразно предоставить залогодержателю право предъявления также и негаторного иска, ибо, если залогодержатель имеет право пользования заложенным имуществом, у него может возникнуть и необходимость устранения нарушения в реализации этого права (негаторный иск). На основании вышензложенного автор предлагает дополнить ст. 33 ФЗ «Об ипотеке» пунктом 4 следующего содержания: «Залогодержатель может требовать устранения всяких нарушений его прав в соответствии со ст. 304 ГК РФ».

Залогодержатель обладает правом удостоверить свои права по обеспеченному ипотекой обязательству и по договору об ипотеке закладной, если иное не установлено ФЗ «Об ипотеке», а также передать закладную для учета прав на нее в депозитарий. Залогодержатель вправе проверять по документам и фактически наличие, состояние и условия содержания предмета

залога, требовать от залогодателя принятия мер, необходимых для сохранения заложенного имущества, а также от любого лица - прекращения посягательства на предмет залога, если это угрожает его утратой или повреждением.

Залогодержатель вправе потребовать досрочного исполнения обеспеченного ипотекой обязательства при грубом нарушении залогодателем правил пользования предметом залога, правил содержания или ремонта заложенного имущества, обязанности принимать меры по сохранению этого имущества, если такое нарушение создает угрозу утраты или повреждения предмета ипотеки, а также при нарушении обязанностей по страхованию заложенного имущества или при необоснованном отказе залогодержателю в проверке предмета залога. Если данное требование не удовлетворено, то залогодержатель вправе обратиться с иском на предмет залога. Залогодержатель имеет право потребовать досрочного исполнения обеспеченного ипотекой обязательства, если по обстоятельствам, за которые залогодержатель не отвечает, предмет залога утрачен или поврежден настолько, что в результате этого обеспечение ипотекой обязательства значительно ухудшилось.

Залогодержатель вправе передать свои права по договору об ипотеке другому лицу, если договором не предусмотрено иное. Такое лицо становится на место прежнего залогодержателя по этому договору. Его отношения с этим залогодержателем регламентируются положениями ГК РФ о передаче прав кредитора путем уступки требования.

Таким образом, ФЗ «Об ипотеке» предоставляет значительные права залогодержателю, фактически исключив для него обязанности. Данные положения направлены на обеспечение защиты интересов залогодержателя при недобросовестности залогодателя или должника.

В пятом параграфе «**Ответственность сторон по договору об ипотеке**» исследуется предусмотренная действующим законодательством ответственность субъектов договора ипотеки, наступающая при ненадлежащем исполнении ими своих обязательств по договору.

По договору об ипотеке залогодержатель при неисполнении или ненадлежащем исполнении должником обеспеченного ипотекой обязательства вправе обратиться с иском на предмет ипотеки для удовлетворения за счет этого имущества своих требований; иск на предмет ипотеки не может быть обращен, если в соответствии с условиями этого обязательства и применимыми к нему правовыми актами РФ должник освобождается от ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства.

ФЗ «Об ипотеке» определил случаи неисполнения или ненадлежащего исполнения обеспеченного ипотекой обязательства. Они связаны с неуплатой или несвоевременной уплатой суммы долга полностью или в части, но договором между сторонами могут быть установлены иные случаи. При этом обращение с иском на предмет ипотеки в судебном порядке не допускается, если допущенное должником нарушение обеспеченного ипотекой обязательства крайне незначительно и размер требований залогодержателя явно несоразмерен стоимости предмета ипотеки. В данных случаях должны одновременно присутствовать следующие обстоятельства: 1) сумма неисполненного обязательства составляет менее пяти процентов от размера оценки предмета ипотеки по договору об ипотеке; 2) период просрочки исполнения обязательства, обеспеченного ипотекой, составляет менее трех месяцев. В случае исполнения обязательства периодическими платежами, неисполнением обязательства признается систематическое нарушение сроков внесения платежей, под которым понимается нарушение сроков более трех раз в течение 12 месяцев, даже если каждая просрочка незначительна.

По общему правилу залогодержатель имеет право обратиться с иском на имущество только после наступления срока исполнения обязательства. Однако законодательством определены отдельные случаи, когда залогодержатель вправе потребовать досрочного исполнения обеспеченного ипотекой обязательства, а при невыполнении этого требования - обращения с иском на предмет ипотеки. Досрочное исполнение допускается: при грубом нарушении залогодателем правил пользования заложенным имуществом, правил его содержания и др.

Если договором не определено иное, ипотека обеспечивает требования залогодержателя в том объеме, какой они имеют к моменту их удовлетворения за счет предмета ипотеки, в частности, основной суммы долга по кредитному договору или иному обеспечиваемому ипотекой обязательству полностью либо в части, определенной в договоре об ипотеке, процентов за пользование кредитом, а также уплату сумм, причитающихся залогодержателю в возмещение убытков и/или в качестве неустойки (штрафа, пени) вследствие неисполнения, просрочки исполнения или иного ненадлежащего исполнения обеспеченного ипотекой обязательства, в виде процентов за неправомерное пользование чужими денежными средствами, в возмещение судебных издержек и иных расходов, вызванных обращением взыскания на предмет ипотеки, в возмещение расходов по реализации имущества.

Обращение залогодержателем взыскания на заложенные жилой дом или квартиру и реализация этого имущества в настоящий момент являются основанием для прекращения права пользования ими залогодателя и любых иных лиц, проживающих в таких жилом доме или квартире. Однако лица, проживающие в заложенных жилых домах или квартирах на условиях договора найма жилого помещения, не подлежат выселению при реализации заложенных жилого дома или квартиры. Договор найма жилого помещения, заключенный с ними до возникновения ипотеки, или с согласия залогодержателя после возникновения ипотеки, при реализации жилого помещения сохраняет силу.

Залоговое право указывает на два этапа реализации права залогодержателя: обращение взыскания на имущество; реализация заложенного имущества. При обращении взыскания на недвижимое имущество возможен как судебный, так и внесудебный порядок. Внесудебный порядок допускается на основании соглашения между залогодержателем и залогодателем, которое может быть включено в договор об ипотеке или оформлено в виде отдельного договора. Соглашение заключается при условии наличия нотариально удостоверенного согласия залогодателя на внесудебный порядок обращения взыскания на предмет залога, которое может быть дано до заключения договора об ипотеке.

На практике обращение взыскания чаще всего производится в судебном порядке. Суд, принимая решение об обращении взыскания на заложенное имущество, должен определить суммы, подлежащие уплате залогодержателю; предмет ипотеки; способ реализации имущества; начальную продажную цену; меры по обеспечению сохранности имущества.

ФЗ «Об ипотеке» предусмотрена возможность реализации имущества либо путем организации публичных торгов, либо на аукционе. Сумма, вырученная от реализации предмета ипотеки, после покрытия за счет нее расходов, вызванных обращением взыскания на имущество, распределяется между залогодержателем, предъявившем свои требования, другими кредиторами залогодателя и самим залогодателем.

В заключении кратко изложены итоги диссертационного исследования.

По теме диссертации опубликованы следующие работы.

Публикации в ведущих рецензируемых журналах, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией при Министерстве образования РФ:

1. Викторова Р.Н. Ответственность сторон по договору об ипотеке [Текст]/ Р.Н. Викторова // Нотариус. - 2009. - № 1. С. 21-24 (0, 4 п.л).
2. Викторова Р.Н. Проблемы государственной регистрации договора об ипотеке и ипотеки как ограничения (обременения) вещного права на объект недвижимого имущества [Текст]/ Р.Н. Викторова // Юрист. 2009. № 2. С. 43-47. (0, 3 п.л).
3. Викторова Р.Н. Принципы залога недвижимости [Текст]/ Р.Н. Викторова // Гражданское право. Федеральный научно-практический журнал. - 2010. - № 2. С. 27-29. (0, 25 п.л).

Публикации в иных изданиях:

4. Викторова Р.Н. Существенные условия договора об ипотеке [Текст]/ Р.Н. Викторова // Аспирантский вестник РГУ имени С.А. Есенина. - 2008. - № 12. С. 28-33. (0, 4 п.л).

5. Викторова Р.Н. Стороны договора об ипотеке, их права и обязанности [Текст]/ Р.Н. Викторова // Аспирантский вестник РГУ имени С.А. Есенина. - 2009. - № 14. С. 32-36 (0, 3 п.л).
6. Викторова Р.Н. Особенности правовой конструкции договора об ипотеке [Текст]/ Р.Н. Викторова / Гражданское право: Ежегодный научно-практический альманах. Вып. 1./Отв. ред. д.ю.н. Е.В. Блинкова. М.: Издательская группа «Юрист». - 2009. (0, 25 п.л.)
7. Викторова Р.Н. Основания возникновения ипотеки (залога недвижимости) [Текст]/ Р.Н. Викторова// Сборник статей межвузовской научно-практической конференции Академии ФСИН России. – Рязань, 2009 (0, 25 п.л)
8. Викторова Р.Н. Вопросы совершенствования правовой конструкции договора об ипотеке в российском законодательстве. [Текст]/ Р.Н. Викторова// Право и государство, общество и личность: история, теория, практика. Сборник научных статей участников межвузовской конференции в Коломне, 21-22 мая 2010. Коломна, 2010 (0,25 п.л).

Викторова Раиса Николаевна

**Правовая конструкция договора ипотеки
в российском законодательстве**

**Автореферат
на соискание ученой степени
кандидата юридических наук**

Подписано в печать ___ мая 2011 Формат 60 x 84 1/16
Бумага офсетная. Печ. л.1. Тираж 100 экз.
Отпечатано с готовых диапозитивов в ООО Фирма «Интермета»
390000 г. Рязань, ул. Каляева, 5 тел. (4912) 25-81-76

